

# **COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO DICKINGER Y ÖMER DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2011**

## **I. PLANTEAMIENTO**

El objeto de estas líneas es dar cuenta de una reciente Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Cuarta –Dickinger y Ömer-, de 15 de septiembre de 2011, que resuelve una cuestión prejudicial que había sido planteada el 10 de abril de 2009 por un órgano judicial penal de Austria. El tema controvertido es una vez más el de esa realidad tan expandida que son las empresas de juegos por Internet, que, como resulta notorio y se explicará más abajo, tanto trabajo vienen dando en los últimos años a Luxemburgo.

El contexto resulta conocido y no puede ser más complejo. Los Estados han mantenido históricamente con respecto a ese sector económico tan peculiar como es el juego –una auténtica pasión del género humano- una actitud dúplice o incluso esquizofrénica: de una parte, restricción o incluso prohibición, blandiendo las razones morales más nobles y varias (lucha contra las adicciones, tuición de la juventud, etcétera); pero, por otro lado, y con ánimo sobre todo recaudatorio, presencia activa y aun entusiasta en la palestra. La irrupción de Internet, con su extraordinaria carga de desterritorialización de todo, ha servido para poner de relieve la contradicción y además lo ha hecho con gran crudeza. Y es en ese escenario tecnológico donde se libra una vez más la batalla entre los Estados (por definición reguladores y proteccionistas de los consumidores, aunque favorecedores de la expansión de sus propias empresas, en muchas ocasiones incluso monopolistas) y unas instituciones europeas, con el Tribunal de Justicia a la cabeza, supuestamente llamadas a insuflar el oxígeno de las libertades de empresa en esos esquemas tan rancios y tradicionales, y aun a llevárselos por delante si es que acaso hiciera falta.

Pero no nos entusiasmos con las grandes palabras, que luego nos llevamos las más amargas decepciones. Y es que, pese al incremento de la libertad individual que, se quiera o no, trae consigo toda tecnología, aquí continuamos estando ante un sector de la economía donde el Tribunal de Justicia quiere que se siga manteniendo la brida. En una Sentencia tan reciente como la Stoß, de 8 de septiembre de 2010, y a la que se aludirá muchas veces en este pequeño trabajo, se puede seguir leyendo, con invocación de pronunciamientos anteriores, que “los objetivos perseguidos por las legislaciones nacionales en materia de juegos y apuestas, considerados en su conjunto, están relacionados en la mayoría de los casos con la protección de los destinatarios de los servicios correspondientes y de los consumidores en general y con la protección del orden social”, añadiéndose que “tales objetivos se cuentan entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar cortapisas a la libre prestación de servicios” (§ 74). Más aún: “(...) las particularidades de orden moral, religioso o cultural, así como las consecuencias perjudiciales para el individuo y la sociedad que, desde un punto de vista moral y económico, llevan consigo los juegos y las apuestas pueden justificar la existencia, a favor de las autoridades nacionales, de una facultad de apreciación

suficiente para determinar las exigencias que, conforme a su propia escala de valores, implica la protección de los consumidores y del orden social” (§ 76). El tono es, sin ánimo de ofender a nadie, más propio de un colegio de curas –o, peor aún, de monjas– en la España de la más cruda postguerra que de lo que resulta habitual (y es de desear) en las sociedades adultas de Europa y el mundo en este siglo XXI postmoderno y poco dado al dirigismo para con los aspectos más recónditos de la vida de cada quien.

Si acaso ese lenguaje paternalista se osara emplear para otros ramos de la actividad económica, se daría lugar a las protestas más encendidas. Aquí nadie ha rechistado. ¿Por qué razón? Sin duda, porque el sector sigue arrastrando la mala imagen de siempre y que en 1611, justo cuatrocientos años antes de la Sentencia que da pie a estas líneas, recogiera entre nosotros el gran Covarrubias en su inmortal *Tesoro*. A la hora de definir el *juego*, todo eran palabras para bien: “(...) un entretenimiento o pasatiempo necesario a los hombres que trabajan con el entendimiento para recrearse y poder volver a tratar con nuevos bríos las cosas de veras” y acerca del cual se añade que “se toma ordinariamente después de comer o cenar, con buena conversación de cosas que nos alegren y nos hagan reír con moderación y templanza, sin perjuicio de nadie, como se usaba entre aquellos antiguos sabios, cuyas pláticas y conversaciones dieron argumento a libros que están escritos de mucha erudición”. Pero la atmósfera cambia de raíz cuando pasamos las páginas y vamos a lo que, con apoyo en las *Partidas*, nos encontramos en la voz *tahúr*: “El que continúa mucho el juego; que si se repite tahúr tahúr, dice hurtar, porque muchos de tahúres dan en ladrones cuando no tienen qué jugar. La ley 6, título 14, part. 7, dice así, en confirmación desto: *Ca todo home debe asmar que los [sic: tales] tahúres, e los bellacos usando la tahurería, por fuerza conviene que sean ladrones, e homes de mala vida*. La ley 8, tít. 16, part. 3, llama a estos *tabures*, y los cuenta entre los infames, y será bien que se vea la ley final, tít. 5, part. 2, donde se afea mucho el juego que pasa de conversación y entretenimiento; y cómo particularmente deben huir de este vicio los príncipes y grandes señores; podrás ver al licenciado Castillo de Bobadilla en su *Política de Corregidores*, lib. 2, cap. 13. Dicen ser este nombre arábigo”.

Cuatro siglos, cuatro, y todo sigue igual o casi igual.

## II. LOS HECHOS

Austria es, como todo el mundo sabe, un país con una estructura formalmente federal. Entre la normativa del poder central se encuentra una Ley sobre los juegos de azar, *Glücksspielgesetz*, que, a regañadientes, ha tenido que ir transigiendo con los juegos por internet que se nos han venido ofreciendo a todos como consecuencia de que, en materia tecnológica, y como diría nuestro Don Hilarión, “hoy los tiempos adelantan que es una barbaridad”. En concreto, ya en 1997, o sea, hace casi quince años, como explica la Sentencia en los § § 3 a 17, se introdujo en la Ley un Art. 12 bis, con la definición de las “loterías electrónicas”, entendiendo por tales aquellas “respecto de las cuales el contrato de juego se celebra por medios electrónicos, la decisión sobre las ganancias y las pérdidas se entrega o comunica desde una central y el participante puede informarse del resultado de manera inmediata después de la participación en el juego”. Debe

notarse que las apuestas deportivas se consideran otra cosa y quedan al margen de dichas nociones legales.

Pero eso no significa que Austria pasara a ser Jauja. Si un emprendedor quería incursionar en este terreno tenía que pedir toda una concesión administrativa, y además se establecía que, durante quince años, sólo había sitio para una empresa. Un monopolista, sí, pero que, en revancha, tenía que pagar, según los Arts. 17 y 20, mucho dinero al Fisco: el 24 por ciento de los ingresos brutos anuales (previa deducción, eso sí, de las ganancias distribuidas). Y, por si esa gabela no fuera suficiente, la empresa quedaba sometida a unas exigencias que, a fuer de puntillosas e intrusivas, podían llegar a resultar verdaderamente enojosas, cuando no del todo ofensivas. Así, tenía que cumplir, de entrada, y por el Art. 14, apartado 2, los siguientes requisitos:

- “1. que sea una sociedad de capital con domicilio social en el país;
2. que no tenga propietarios (socios) que ejerzan una influencia dominante que no permita garantizar la fiabilidad desde el punto de vista normativo;
3. que disponga de un consejo de vigilancia y de un capital social o nominal desembolsado de al menos 109.000.000 euros, cuya procedencia legal deberá demostrarse de manera adecuada;
4. que designe administradores que, por su formación, sean profesionalmente competentes, posean las características y la experiencia necesaria para la explotación correcta de la actividad y contra la que no exista ningún motivo de exclusión en virtud del artículo 13 del código de profesiones artesanales, comerciales e industriales de 1973 (*Gewerbeordnung* 1973);
5. respecto del que, habida cuenta de las circunstancias (en particular, las experiencias, los conocimientos y los medios propios), quepa esperar que se esperará la mayor recaudación de impuestos para la Federación (canon de concesión y exacciones sobre las apuestas), y
6. respecto del que la estructura eventual del grupo al que pertenezcan el propietario o los propietarios que tengan una participación cualificada en la empresa no obstaculice un control eficaz del concesionario”.

En caso de ser varios los interesados, el criterio de selección por el Ministro Federal de Hacienda había ser el del apartado 5: el que aportase “mayor recaudación de impuestos para la Federación”. Es lo que consiste en algo tan saludable como llamar al pan pan y al vino vino.

Pero, por si todas esas condiciones se antojasen escasas, los preceptos subsiguientes de la Ley añadían más pedimentos al ungido con la concesión. Todos los siguientes:

- Art. 15.1: No posibilidad de crear sucursales fuera del territorio austriaco. Cabe, sí, la toma de participaciones cualificadas en otras sociedades, pero sólo con autorización expresa. Al mismo requisito de autorización (sólo obtensible “si no cabe temer un descenso de los ingresos de la Federación procedentes del cánón de concesión o de las exacciones sobre las apuestas”) se encuentra sometida la “ampliación de la actividad comercial del concesionario”: Art. 15 bis

- Art. 16: Necesidad de autorización y publicidad obligatoria para las condiciones de juego, que además han de estar disponibles al público en todos los puntos de venta
- Art. 18.1: Deber de comunicar anualmente a la Administración la identidad de los partícipes en el capital social
- Art. 19.1: Potestad del Ministro Federal de Hacienda de supervisar al concesionario, lo que incluye la facultad de consultar las cuentas y practicar, por sí o mediante terceros, verificaciones *in situ*. Y, para más escarnio, con constes a cargo del propio concesionario.
- Art. 19.2: Nombramiento por el Ministro de un Comisario con poderes para asistir a las reuniones de los órganos de la sociedad y vetar –con efecto suspensivo automático– los acuerdos que considere ilegales.
- En fin, Art. 19.3: Posibilidad de que la Administración designe a dos miembros del Consejo de vigilancia de la empresa.

Sin duda que los beneficios derivados del monopolio debían y deben ser muchos, porque, de otra manera, el balance, hechas las sumas y las restas, no podía seguir presentando números *negros*.

El afortunado era, hasta 2012, la sociedad limitada *Österreiche Lotterien*, propiedad de *Casinos Austria AG*, de propiedad mixta: un tercio en manos del Estado y el resto en la posesión de particulares (§ § 18 y 19 de la Sentencia). Ya se sabe que las tierras de los Habsburgo han sido siempre muy proclives a ese tipo de mezcolanzas.

Que el saldo de ventajas e inconvenientes de la regulación debía finalmente ser en efecto positivo (o al menos que todo estaba calculado bajo ese escenario) lo acredita la conducta del propio legislador austriaco, que, para los competidores *piratas*, preveía las sanciones más ominosas. El Código Penal, en el Art. 168, apartado 1, tipificaba como delito la conducta de “quien organice un juego formalmente prohibido o cuyo resultado favorable o desfavorable dependa exclusiva o principalmente del azar, o promueva una reunión para la organización de ese tipo de juego con el fin de obtener un beneficio económico de dicha organización o reunión, o de procurar tal beneficio a un tercero”. Con castigos, incluso, que podían llegar a la privación de libertad.

Pero ya se sabe que Internet (y, más aún, el juego por Internet) han venido a este mundo a reírse de ese tipo de reglamentaciones territoriales tan severas y, al cabo, de tan fácil sorteo. Aquí, como explica la Sentencia en § § 20 a 25, el *listo* de turno era, en última instancia, una empresa alemana, con sede en Düsseldorf, y cuyo nombre resultará sin duda familiar para el lector: *bet-at-home.com*, titular del sitio Internet del mismo nombre, donde, como en botica, había de todo (póquer, black jack, bacarrá, ruleta, máquinas tragaperras virtuales) y con muchos de los idiomas posibles, salvo, casualmente, el maltés (alemán, por supuesto, pero también español, inglés, griego, italiano, húngaro, holandés, polaco, eslovano, ruso y turco) y, claro es, sin límite de dinero. La firma tenía una filial en Austria, y en concreto en Linz: la llamada *bet-at-home.com Entertainment*, dedicada en teoría a “servicios de tratamiento automático de datos y técnicas de la información”. No era una empresa que viviera del todo al margen

de la ley: sin ser concesionaria austríaca de loterías en el sentido que ya sabemos, sí que era titular de una autorización para ofrecer apuestas deportivas.

Pero lo cierto es que la organización no se quedaba en el simple esquema de la matriz alemana y la filial austríaca. Esta, a su vez, disponía de tres participadas en la isla mediterránea de Malta, que –ahí estaba el punto- ofrecían juegos de azar y apuestas deportivas por Internet, y –otro dato no menor- siempre al abrigo de las correspondientes licencias otorgadas por el país del halcón.

¿Qué papel restaba, aparte del puramente accionarial, para la empresa austríaca (bet-at-home.com Entertainment) que se encontraba debajo de la matriz alemana pero por encima de las participadas maltesas? Dos: a) que estas, al menos hasta el mes de diciembre de 2007, utilizaban un servidor que se encontraba instalado en Linz, donde la citada compañía austriaca se ocupaba de su mantenimiento, del *software* necesario para los juegos y del soporte a los usuarios, y b) que los gestores del tinglado eran dos ciudadanos y residentes de la tierra de Francisco José: los Sres. Dickinger y Ömer. Contra quienes, como estaba cantado, se dirigió un día la acción penal. La acusación -§ 26 de la Sentencia- nos la podemos imaginar:

“Los Sres. (...) Dickinger y Ömer, como responsables de [Bet-at-home.com Entertainment], han incurrido, desde el 1 de enero de 2006 (...) en la infracción de organizar juegos de azar prevista en el artículo 168, apartado 1, del [STGB] (*Strafgesetzbuch*, Código Penal), en beneficio de [Bet-at-home.com Entertainment], al ofrecer por Internet juegos cuyas ganancias y pérdidas dependen exclusiva o principalmente del azar o que están expresamente prohibidas, en particular distintos tipos de póquer (*Texas Hold 'em*”, “*Seven Card Stud*, etc.), el black-jack, el bacarrá, los juegos de mesa, como la ruleta, y máquinas tragaperras virtuales con apuestas de cantidades ilimitadas, con el fin de obtener un beneficio económico para sí mismos o para terceros, en particular [bet-at-home.com Entertainment]”.

La historia resultaba previsible. Se conoce que los jueces austríacos se conducen con vientos análogos a los de otros lugares: primero contemplo impasible, o incluso complaciente, lo que es pacífico y está a la vista de todos, hasta que un buen día, por la razón que sea, me lío la manta a la cabeza y paso a perseguirlo con saña. Era de augurar que, en efecto, en un determinado momento se pusiera en marcha la maquinaria penal. Y tampoco debe sorprender que, estando en cuestión las libertades económicas, los acusados blandieran en su favor el ordenamiento europeo. En concreto (aún no estaba en vigor Lisboa), el Tratado fundacional de la Comunidad, y en particular, los Arts. 43 y 49: derecho de establecimiento y libertad de prestación de servicios, respectivamente. Algo nada insólito. Antes al contrario: diríase incluso rutinario, como la prueba la copiosa casuística jurisprudencial de los últimos tres años.

### III. LOS PRECEDENTES

En los tiempos inmediatamente anteriores a la fecha de la Sentencia que se trata de glosar (15 de septiembre de 2011) nos encontramos en efecto con hasta seis

Sentencias sobre materias análogas, de las que debe destacarse que lo que dejan en el lector no es sino un regusto de complacencia para con lo hecho, todo lo contradictorio y antimoderno que resulte, por muchos de los Estados para que este sector siga siendo por así decir *rarito* y que, en singular, los monopolios estables hayan sido capaces de sobrevivir. Por supuesto que no se antoja posible ahora entrar en todos los detalles, pero sí debe tenerse por conveniente reproducir el contenido de las correspondientes decisiones, de las que, por cierto, llama la atención la frecuencia con la que, luego de proclamarse los principios con mayor o menor grado de determinación, a la hora de entrar en el caso concreto se actúa por así decir *a la gallega*, o sea, devolviendo el poder de decidir a la propia autoridad judicial *a quo*.

Se trata, en concreto, de todo lo siguiente:

1.- Sentencia de la Gran Sala de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Fútbol Profesional y Bwin International, Asunto C / 42-07. Con objeto en la normativa del Departamento de Juegos de la Santa Cosa de Misericordia de Lisboa y con la siguiente parte dispositiva:

“El artículo 49 CE no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que impide a operadores como Bwin International Ltd, establecidos en otros Estados miembros donde ofrecen legalmente servicios análogos, proponer juegos de azar por Internet en el territorio de dicho Estado miembro”.

Es una proclamación importantísima: aquí cada país sigue siendo muy suyo.

2.- Sentencia de la Sala Segunda de 3 de junio de 2010, Sporting Exchange, Asunto C -203/08. Sobre la legislación holandesa en la materia y con la siguiente doctrina, a favor de los monopolios nacionales:

“1) El artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que somete la organización y la promoción de los juegos de azar a un régimen de exclusividad a favor de un único operador y que prohíbe a cualquier otro operador, incluido un operador establecido en otro Estado miembro, ofrecer, a través de Internet, en el territorio del primer Estado miembro, servicios que entren en el ámbito del citado régimen.

2) El artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que se deriva de éste son aplicables a los procedimientos de concesión y renovación de una licencia a favor de un operador único a favor de los juegos de azar, siempre que no se trate de un operador público cuya gestión esté sometida a la vigilancia directa del Estado o de un operador privado sobre cuyas actividades los poderes públicos puedan ejercer un estrecho control”.

3. Sentencia de la Sala Segunda del mismo 3 de junio de 2010, Ladbrokes, Asunto C-258 / 08. De nuevo los Países Bajos en el punto de mira y una vez más una resolución comprensiva con los monopolios y sus inevitables contradicciones:

“1. Una normativa nacional, como la aplicable en el litigio principal, que pretende luchar contra la ludopatía y combatir el fraude, y aunque contribuye efectivamente a la realización de estos objetivos, limita la actividades de apuestas de modo coherente y sistemático, a pesar de que el titular o los titulares de una autorización exclusiva están habilitados para hacer su oferta atractiva en el mercado introduciendo nuevos juegos de azar y recurriendo a la publicidad [no resulta necesariamente ilícita].

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las actividades de juego ilegales pueden constituir un problema en el Estado miembro de que se trate, que la expansión de las actividades autorizadas y reguladas pudiera resolver, y si dicha expansión no es de tal magnitud que la haga inconciliable con el objetivo de luchar contra la citada ludopatía.

2) Para la aplicación de una normativa de un estado miembro relativa a los juegos de azar compatible con el artículo 49 CE, el juez nacional no está obligado a comprobar, en cada caso concreto, si la medida de ejecución dirigida a garantizar el cumplimiento de esta normativa es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido por ésta y es conforme con el principio de proporcionalidad, siempre que dicha medida sea necesaria para garantizar el efecto útil de la citada normativa y no implique ninguna restricción adicional en relación con la que resulta de la propia normativa.

La circunstancia de que la medida de ejecución se haya adoptado a raíz de una intervención de las autoridades públicas destinada a garantizar el cumplimiento de la normativa nacional o a raíz de una solicitud de un particular en un procedimiento civil con el fin de proteger los derechos de que disfruta en virtud de la citada normativa carece de incidencia sobre la solución del litigio del que conoce el órgano jurisdiccional remitente.

3) El artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que somete la organización y la promoción de los juegos de azar a un régimen de exclusividad a favor de un único operador y que prohíbe a cualquier otro operador, incluido un operador establecido en otro Estado miembro, ofrecer, a través de Internet, en el territorio del primer Estado miembro, servicios incluidos en el ámbito del citado régimen”.

4.- Sentencia de la Gran Sala de 8 de septiembre de 2010, Stoß, Asunto C-316/07 y otros. Con objeto en decisiones de las autoridades alemanas prohibiendo, bajo pena de multa, y en defensa del monopolio existente, el desarrollo de cualquier actividad que permita o facilite la conclusión de apuestas deportivas organizadas por prestadores establecidos en otros Estados miembros. La primera de las dos declaraciones, en la misma línea de la Sentencia anterior, fue la siguiente:

“1) Los artículos 43 y 49 CE deben interpretarse en el sentido de que:

a) para que un monopolio público en materia de apuestas deportivas y loterías, como los controvertidos en los asuntos principales, pueda justificarse por un objetivo de prevención de la incitación al gasto excesivo en juego y de lucha contra la adicción al juego, no es necesario que las autoridades nacionales

competentes puedan presentar un estudio que demuestre la proporcionalidad de dicha medida y sea anterior a su adopción;

b) el hecho de que un Estado miembro píeme este monopolio sobre un régimen que autorice la actividad de operadores privados en el marco de una normativa de carácter no exclusivo puede cumplir la exigencia de proporcionalidad, siempre que, en relación con el objetivo de obtener un elevado nivel en la protección de los consumidores, el establecimiento de este monopolio se acompañe de la adopción de un marco normativo que garantice que el titular del monopolio puede efectivamente conseguir, de modo coherente y sistemático, este objetivo mediante una oferta cuantitativamente moderada, (y) cualitativamente orientada a dicho objetivo y sometida al estricto control de las autoridades públicas;

c) la circunstancia de que las autoridades competentes de un estado miembro podrían enfrentarse a dificultades para garantizar que un monopolio de ese tipo sea respetado por los organizadores de juegos y apuestas establecidos en el extranjero que concierten en Internet, burlando el monopolio, apuestas con residentes en el ámbito territorial de dichas autoridades no puede, como tal, afectar a la eventual conformidad de dicho monopolio con las disposiciones del Tratado mencionadas;

d) en una situación en la que un órgano jurisdiccional nacional constata al mismo tiempo:

- que las medidas publicitarias del titular de dicho monopolio sobre otros juegos de azar incluidos en su oferta no se limitan a lo necesario para orientar a los consumidores hacia la oferta de dicho titular y apartarlos de otros canales de juego no autorizados, sino que pretenden fomentar la propensión de los consumidores al juego e incentivar su participación activa en el juego con el fin de maximizar los ingresos derivados de estas actividades;

- que la explotación de otros juegos de azar puede quedar a cargo de operadores privados que dispongan de una autorización y

- que, con respecto a otros tipos de juegos de azar no sujetos a ese monopolio que presenten un potencial o adictivo superior al de los juegos comprendidos en dicho monopolio, las autoridades competentes llevan a cabo o toleran políticas de ampliación de la oferta que pueden desarrollar e incentivar las actividades de juego, en particular con el fin de maximizar los ingresos procedentes de éstas;

dicho órgano jurisdiccional nacional puede verse legítimamente inducido a considerar que tal monopolio no es adecuado para garantizar la consecución del objetivo de prevención de la incitación al gasto excesivo en juego y de lucha contra la adicción al juego para el que fue establecido, contribuyendo a reducir las oportunidades de juego y a limitar las actividades en este ámbito de forma coherente y sistemática”.

Es una doctrina muy relevante. El termómetro de la licitud de un monopolio nacional estará, así pues, en sus objetivos, y en concreto sólo será admisible si lo que el Estado pretende es “garantizar un nivel de protección particularmente elevado”, lo cual es muy bonito pero no basta con declarar: para apreciar que los propósitos son sinceros,



y que las verdaderas miras no son las recaudatorias, habrá que someter a escrutinio el conjunto de su conducta, incluyendo, por supuesto, la política comercial que despliegue el citado monopolio.

Pero la declaración más importante de la Sentencia es la segunda y última. Se toma nota de la heterogeneidad de las regulaciones de los 27 Estados para terminarse manifestando –en base, por cierto, a ideas que ha habían sido expuestas en la primera de las Sentencias, la de la Liga Portuguesa de 8 de septiembre de 2009- que, al menos por el momento, las autorizaciones obtenidas en uno de ellos no gozan de extraterritorialidad:

“2) Los artículos 43 CE y 49 CE deben interpretarse en el sentido actual del Derecho de la Unión, el hecho de que un operador disponga, en el Estado miembro en el que esté establecido, de una autorización para ofrecer juegos de azar no impide que otro Estado miembro supedite, dentro del respeto de las exigencias impuestas por el Derecho de la Unión, la posibilidad de que dicho operador ofrezca estos servicios a los consumidores residentes en su territorio a la obtención de una autorización expedida por sus propias autoridades”.

5.- Sentencia de la Sala Cuarta de 9 de septiembre de 2010, Engelmann, Asunto C-64/08, con base –es, de todos los precedentes, el geográficamente más inmediato- de Austria y, en especial, de un procedimiento penal tramitado por inobservancia de la Ley que ya conocemos (la *Glücksspielgesetz*) sobre explotación de los establecimientos de juego. La decisión consistió en lo siguiente:

“1) El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que reserva la explotación de los juegos de azar en los establecimientos de juego exclusivamente a los operadores que tengan su domicilio en el territorio de ese Estado miembro.

2) La obligación de transparencia derivada de los artículos 43 CE y 49 CE así como los principios de igualdad de trato y de no discriminación por la nacionalidad se opone al otorgamiento, sin limitación alguna, de todas las concesiones de explotación de establecimientos de juego en el territorio de un Estado miembro”.

6.- Sentencia, en fin, de la Sala Octava de 30 de junio de 2011, Zeturf, Asunto C-212/08. La cuestión prejudicial “se presentó en el marco de un litigio entre la sociedad maltesa Zeturf Ltd (en lo sucesivo, *Zeturf*) y el Primer Ministro francés, relativo a la decisión presunta de este último de no derogar las medidas nacionales que atribuyen en Francia el monopolio de la gestión de las apuestas hípcas fuera de los hipódromos al *Groupement d'intérêt économique Pari Mutuel Urbain*”. Son de nuevo dos declaraciones. La primera consiste, de entrada, en lo siguiente:

“1) El artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que:

a) un Estado miembro que aspira a garantizar en el sector de los juegos de azar un nivel de protección de los consumidores particularmente elevado puede legítimamente considerar que tan sólo la concesión de derechos exclusivos a un organismo único que esté sometido a una estrecha supervisión por parte de los poderes públicos permite controlar los riesgos inherentes a dicho sector y

alcanzar el objetivo de prevención de la incitación al gasto excesivo en juego y de luchar contra la adicción al juego de una manera suficientemente eficaz”.

¿Es aquí el caso? Nos quedamos sin saberlo:

“b) incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si:

- Las autoridades nacionales se proponían verdaderamente, en el momento de los hechos del litigio principal, garantizar un nivel de protección particularmente elevado y si, a la vista de ese nivel de protección al que se aspiraba, podía considerarse que, efectivamente, era necesario establecer un monopolio, y si
- los controles estatales -a los que en principio están sometidas las actividades del organismo que disfruta de los derechos exclusivos- han sido aplicados efectivamente de un modo coherente y sistemático para alcanzar los objetivos encomendados a dicho organismo”.

Pero esa labor de *comprobación* a cargo de la justicia nacional estará sometida a las siguientes directrices:

"c) para ser coherente con los objetivos de lucha contra las prácticas delictivas y de reducción de las oportunidades de juego, toda normativa nacional que establezca un monopolio en materia de juegos de azar deberá:

- basarse en la constatación de que las actividades delictivas y fraudulentas vinculadas a los juegos de azar y a la adicción al juego constituyen, en el territorio del Estado miembro afectado, un problema que puede resolverse mediante la expansión de las actividades autorizadas y reguladas.
- Permitir únicamente una publicidad moderada y que se limite a lo estrictamente necesario para orientar a los consumidores hacia las redes de juego autorizadas”.

Y, si ese fue el primero de los pronunciamientos, en el segundo y último se declaró lo siguiente:

"2) Para apreciar la vulneración de la libre prestación de servicios por un sistema que establece un régimen de exclusividad en materia de organización de apuestas hípcas, los tribunales nacionales deberán tener en cuenta en su conjunto los canales sustituibles de comercialización de dichas apuestas, salvo cuando la utilización de Internet tenga como consecuencia agravar los riesgos inherentes a los juegos de azar en comparación con los riesgos que existen en el caso de los juegos comercializados a través de los canales tradicionales. Ante una normativa nacional que se aplica de idéntica manera a la oferta de apuestas *on line* y a la realizada a través de canales tradicionales, procederá apreciar la vulneración de la libre prestación de servicios desde el punto de vista de las restricciones impuestas al sector de que se trata en su conjunto”.

De ese bloque de seis Sentencias resulta, en suma, que en relación con los monopolios nacionales en materia de juegos de azar, no se proclama, pese a todos los matices, un veredicto de condena. En principio, estamos sin duda, y así se proclama, ante una restricción a la libertad de prestación de servicios, pero en seguida se puntualiza que, dadas las peculiaridades de este sector, puede encontrar -a diferencia de

lo que sucede en otros valga la referencia a las telecomunicaciones, cadenas de televisión incluidas- una justificación. La propia Sentencia Dickinger y Ömer sintetiza esos precedentes en los siguientes términos:

"41. Consta que una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal, que somete la organización y la promoción de los juegos de azar a un régimen de exclusividad en favor de un único operador y que prohíbe a cualquier otro operador, incluido un operador establecido en otro Estado miembro, ofrecer, a través de Internet, en el territorio del primer Estado miembro, servicios comprendidos en el ámbito del citado régimen, constituye una restricción a la libre prestación de servicios garantizada por el artículo 49 CE (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de junio de 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, Rec. P. I-0000, apartados 22 y 24, y jurisprudencia citada).  
42. Sin embargo, semejante restricción de la libre prestación de servicios puede admitirse como medida excepcional expresamente prevista en los artículos 45 y 46 CE, aplicables en esta materia con arreglo al artículo 55 CE, o puede considerarse justificada por razones imperiosas de interés general, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 8 de septiembre de 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International*, C-42/07, Rec. P. I-7633, apartados 55 y 56, y de 30 de junio de 2011, *Zeturf*, C-212/08, Rec. P. I-000, apartado 37)".

Hasta aquí, los precedentes inmediatos -hay otros, por supuesto, más antiguos, como las muy famosas Sentencias Gambelli de 2003 y Placanica de 2007, pero ahora no hacen al caso- de la Sentencia Dickinger y Ömer de 15 de septiembre de 2011. Son seis resoluciones de los años inmediatamente anteriores: desde el 8 del mismo mes de 2009.

#### **IV. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA**

Fueron tres las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano judicial penal de Austria, que procede ver en manera separada -A), B) y C)- y por el orden en el que fueron resueltas.

A) La primera era la más obvia y hacía diana en el hecho de que las sanciones previstas en la Ley austríaca para el caso de contravención de la exclusividad del monopolio eran precisamente las más severas: las de orden criminal. El Tribunal comienza por recordar en el § 31, con referencias jurisprudenciales específicas, la que al respecto es su doctrina general: "(...) el Derecho de la Unión impone límites a la competencia de los Estados en materia penal, por lo que la legislación en este ámbito no puede restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho de la Unión". Pero, cuando se trata de entrar a resolver sobre el caso concreto, no lo hace y opta por dar una respuesta que (reproduciendo, por cierto, lo que se había dicho en la Sentencia de 6 de marzo de 2007, *Placanica*, Asunto C-338/04 y otros), se limita a contener una condición que resulta obvia: si el monopolio es ilícito en cuanto al fondo, la consecuencia sólo puede ser que también serán ilícitas las sanciones penales. Así de simple es la afirmación que se contiene en el § 32 -y luego en el § 43- y que luego, en la parte dispositiva, se expresa con las siguientes palabras:

"1) El Derecho de la Unión, en particular el artículo 49 CE, se opone a que se sancione penalmente la violación de un monopolio de explotación de juegos de azar como el monopolio de explotación de los juegos de casino comercializados por Internet previsto en la normativa nacional controvertida en el litigio principal, si dicha normativa no es conforme a las disposiciones de aquél derecho".

¿Qué sucedería en el otro escenario, o sea, si, en cuanto al fondo, la legislación nacional no atentase contra las libertades europeas? ¿Valdría cualquier sanción penal, sin límite material alguno? El Tribunal ni se lo plantea.

B) La segunda pregunta tiene más recovecos. Recuérdense los datos de hecho. Los Estados miembros a considerar eran dos (el de establecimiento -Malta- y el de acogida -Austria-), pero en el bien entendido de que en este último se ubicaba, además, una infraestructura tan importante como el servidor. Y con el siguiente matiz, que la Sentencia explica en el § 36:

"(...) consta que, lejos de estar apoderada para actuar permanentemente por cuenta de las filiales maltesas en el mercado de los juegos de azar en Austria, bet-at-home Entertainment no interviene en la relación entre dichas filiales y sus clientes. La explotación de la plataforma Internet [www.bet-at-home.com](http://www.bet-at-home.com) la realizan exclusivamente las filiales maltesas, que se encargan de la organización de los juegos y con las que los clientes celebran los contratos correspondientes. Por ello, los servicios de soporte informático prestados por bet-at-home.com Entertainment podrían encomendarse a otro operador establecido en otro Estado miembro sin que los consumidores austríacos se percataran siquiera de ello".

Esas singularidades del supuesto fáctico figuraban en la pregunta -§ 33- e hicieron que la respuesta fuera la siguiente:

"2) El artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a los servicios de juegos de azar comercializados por Internet en el territorio de un Estado miembro de acogida por un operador establecido en otro Estado miembro a pesar de que dicho operador:

- se haya dotado en el Estado miembro de acogida de una determinada infraestructura de soporte informático como un servidor, y
- utilice servicios de soporte informático de un prestador de servicios establecido en el Estado miembro de acogida para prestar sus servicios a consumidores en dicho Estado miembro".

Dicho en román paladino: la presencia del servidor en la misma Austria -donde están los consumidores- no tiene como efecto que en la relación jurídica deje de haber un elemento europeo: la libertad de prestación de servicios (pues, por las razones que se explican en el § 35, de eso se sigue tratando, y no del derecho de establecimiento) continúa resultando de aplicación.

C) Y luego estaba la pregunta tercera y última, la más de fondo. Para explicarlo reproduciendo literalmente las palabras del § 39, se trataba del escrutinio de "las

condiciones en las que el artículo 49 CE permite el establecimiento de un monopolio para la organización de los juegos de casino comercializados por Internet a favor de un operador único como el controvertido en el litigio principal".

La pregunta se desmenuza, a su vez, en otras cuatro, que procede ver por separado.

\* Sobre los requisitos del establecimiento de un monopolio en materia de juegos de azar.

Son los §§ 44 a 58 y consisten, en esencia, en recoger la doctrina de las Sentencias Stoß y Zeturf que ya conocemos: todo depende de cuál sea el propósito del monopolio (el propósito de verdad, no el que los políticos dicen que es). Pero para apreciar qué es lo que sucede en Austria se devuelve la pelota al órgano judicial del lugar, al que, eso sí, se le recuerdan las directrices a aplicar. Se trata de cinco cosas, que merecen verse ahora reproducidas:

"54. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si, en el momento de los hechos del litigio principal, las autoridades nacionales se proponían verdaderamente garantizar un nivel de protección particularmente elevado teniendo en cuenta los objetivos invocados y si, a la vista de ese nivel de protección al que se aspiraba, podía considerarse que, efectivamente, era necesario establecer un monopolio (sentencia Zeturf, antes citada, apartado 47). En este contexto, si un Estado miembro invoca un objetivo para justificar el menoscabo de la libre prestación de servicios, debe proporcionar al órgano jurisdiccional que ha de pronunciarse sobre esta cuestión todos los datos que le permitan comprobar que dicha medida cumple las exigencias del principio de proporcionalidad (sentencia Stoß y otros, antes citada, apartado 71).

55. A este respecto, el mero objetivo de maximizar los ingresos del Tesoro Público no puede permitir semejante restricción de la libre prestación de servicios.

56. En este contexto, debe recordarse, en particular, que una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática. Incumbe, en consecuencia, al órgano jurisdiccional remitente asegurarse, especialmente a la vista de las disposiciones concretas de desarrollo de la normativa restrictiva en cuestión, de que ésta responda verdaderamente al afán de reducir las oportunidades de juego y de limitar las actividades en este ámbito de forma coherente y sistemática (véase, en este sentido, la sentencia Stoß y otros, antes citada, apartados 88, 97 y 98).

57. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente deberá verificar, especialmente a la luz de la evolución del mercado de los juegos de azar en Austria, que los controles estatales a los que están sometidas las actividades del titular del monopolio son adecuados para garantizar que éste será efectivamente capaz de conseguir, de modo coherente y sistemático, los objetivos invocados mediante una oferta cuantitativamente moderada y cualitativamente orientada a dichos objetivos (véase, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010,

Ladbrokes Betting&Gaming y Ladbrokes International, C-258/08, Rec. P. I-0000, apartado 37, y Stoß y otros, antes citada, apartado 83).

58. Además, la política comercial desarrollada por el titular del monopolio es sin duda pertinente para la apreciación del modo en que se persiguen dichos objetivos".

El Tribunal es, sí, complaciente con lo hecho por la República de Austria, pero no quiere que le acusen de vivir en las nubes e ignorar los móviles recaudatorios que, desde los tiempos de Viriato, pastor lusitano, tienen todos los monopolios públicos, y el del juego más que ninguno. El resultado de esa mezcla de sentimientos y pulsiones es el empleo de una retahíla de conceptos jurídicos indeterminados y con cuyo manejo puede terminarse llegando, a la hora de la verdad, tanto a un veredicto como al contrario. Es el típico ejemplo de los Fundamentos de Derecho que pueden servir para una multiplicidad de usos. No es que estemos ante una novedad, pero aquí las cosas se manifiestan de una manera especialmente descarnada.

\* Sobre el desarrollo de una política comercial expansionista por la entidad titular de un monopolio en materia de juegos de azar.

Es, en efecto, una de las piedras de toque para testar la sinceridad de los defensores del monopolio. A ello dedica la Sentencia los §§ 59 a 69. También aquí la decisión del caso concreto se devuelve a los jueces austriacos. Y de nuevo se emplean conceptos jurídicos indeterminados. En cuanto al lenguaje y el tono, digámoslo ya de una vez y sin ambages: alcanza el estadio de lo genuinamente *jesuítico*. La última parte es, al respecto, una verdadera joya:

"66. (...) corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si las actividades delictivas y fraudulentas vinculadas a los juegos de azar, por un lado, y la adicción al juego, por otro, podían constituir un problema en Austria en la fecha en que se produjeron los hechos del litigio principal, y si la expansión de las actividades autorizadas y reguladas podía resolver tal problema (véase, en este sentido, la sentencia Ladbrokes Betting & Gaming y Ladbrokes International, antes citada, apartado 29).

67. Dado que el objetivo de proteger a los consumidores frente a la adicción al juego es, en principio, difícilmente compatible con una política de expansión de los juegos de azar, caracterizada por la creación de nuevos juegos y por la publicidad realizada de éstos, tal política sólo puede considerarse coherente si las actividades ilegales tienen una dimensión considerable y si las medidas adoptadas se dirigen a encauzar la propensión al juego de los consumidores en circuitos legales (sentencia Ladbrokes Betting & Gaming y Ladbrokes International, antes citada, apartado 30).

68. En todo caso, la publicidad que eventualmente difunda el titular de un monopolio público debe ser moderada y limitarse a lo estrictamente necesario para orientar a los consumidores hacia las redes de juego autorizadas. Por el contrario, el objeto de esta publicidad no puede ser alentar la propensión natural al juego de los consumidores, fomentando la participación activa en el juego mediante su banalización, su presentación bajo la imagen positiva que supone la

dedicación de sus ingresos a actividades de interés general o el fortalecimiento de su atractivo a través de mensajes publicitarios llamativos que patenten la perspectiva de importantes ganancias (sentencia Stoß y otros, antes citada, apartado 103)".

Y, ya para terminar, no podía faltar un tributo a la semántica de los debates del mismísimo Bizancio:

"69. En particular, debe establecerse una distinción entre las estrategias del beneficiario de un monopolio que sólo persiguen informar a los clientes potenciales de la existencia de productos y que sirven para garantizar un acceso regular a los juegos de azar encauzando a los jugadores hacia los circuitos controlados, y las que invitan a una participación activa en tales juegos y la estimulan. En consecuencia, debe establecerse una distinción entre una política comercial restringida, que sólo pretende captar o fidelizar el mercado existente en beneficio del organismo titular de un monopolio, y una política comercial expansionista, cuyo objetivo es el incremento del mercado global de las actividades de juegos".

Bien mirado, es un lenguaje al que, en el fondo, puede incluso encontrársele hasta algo de gracia.

\* Sobre la compatibilidad con el artículo 49 CE de las restricciones específicas impuestas al titular del monopolio.

Son las cosas que vimos al inicio: normas verdaderamente excepcionales, en cuanto rigurosas, sobre forma jurídica, capital social, ubicación del domicilio, prohibición de crear sucursales fuera de Austria y otros extremos. El Tribunal declara que, si existe un monopolio, que se le impongan reglas singulares no sólo resulta posible, sino que es algo que viene exigido por la lógica del propio ordenamiento europeo. Siempre, por supuesto, con observancia de proporcionalidad, lo que, según el § 72, significa tanto como adecuación "para garantizar que se alcanzarán los objetivos perseguidos por el establecimiento de un régimen de monopolio" y sin ir un ápice "más allá de lo necesario para tal fin". Es, una vez más, una labor que se encomienda al órgano judicial nacional, a quien, de nuevo, se le envían una serie de mensajes. En la última de las ocasiones -prohibición de crear sucursales en el extranjero-, las palabras empleadas son extrañamente nítidas: "88. (...) procede señalar que no se ha invocado ante el Tribunal de Justicia ninguna justificación válida de la prohibición impuesta al titular del monopolio controvertido en el litigio principal de crear sucursales fuera del territorio austríaco".

\* Sobre la consideración de controles de los operadores de juegos de azar efectuados en otros Estados miembros.

Es el cuarto y último punto de esta última pregunta. El más interesante, porque plantea una tesitura de alcance general y que se suscita en toda unidad política organizada sobre una base de descentralización territorial: si con la autorización

obtenida en Malta por las sociedades de aquél país debía ser bastante para operar en el espacio de los 27 ("mutuo reconocimiento") o si, por el contrario, hace falta un papel en cada país. Ya conocemos la respuesta negativa, que era la contenida en la Sentencia de la Liga Portuguesa y, con más detalle argumental, en el punto 2 de la Sentencia Stoß. Ahora se repite la doctrina y se insiste en algunas ideas que merecen una exposición detallada.

De más está decir que la teoría de la eficacia extraterritorial (supranacional, aquí en concreto) de los títulos, o su "mutuo reconocimiento", tenía sus defensores:

"94. Los Sres. Dickinger y Ömer y el Gobierno maltés invocan la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en virtud de la cual no es conforme con la libre prestación de servicios imponer restricciones a un prestador de servicios para salvaguardar intereses generales cuando dichos intereses quedan ya garantizados por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido (véanse, en particular, las sentencias de 17 de diciembre de 1981, Webb, 279/80, Rec. P. 3305, apartado 17; de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, C-396/96 y C-376/96, Rec. P. I-8453, apartados 34 y 35, y de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Rec. P. I-607, apartado 38).

95. Por consiguiente alegan que, puesto que la honradez y las aptitudes profesionales de las filiales maltesas ya están garantizadas por los controles que se les aplican en Malta, el artículo 49 CE se opone a que las autoridades austríacas las excluyan del mercado austriaco con el supuesto fin de proteger a los jugadores contra fraudes cometidos por operadores de juegos de azar".

Pero la extraterritorialidad de los títulos habilitantes para el ejercicio de actividades empresariales exige dos requisitos -uno jurídico y, en el caso, otro de orden técnico-, siendo así que, al menos en este momento, no se cumplen ninguno de los dos. Así lo explica la Sentencia con unos razonamientos llenos de desconfianza hacia los operadores del sector y hacia algunos -no mencionados por su nombre y apellidos- Estados miembros. Acerca del primero de los requisitos, lo que se indica, con cita de dos de las Sentencias que ya conocemos -Stoß y, antes, Liga Portuguesa- es lo siguiente:

"96. (...) en el estado actual del Derecho de la Unión, no existe ninguna obligación de reconocimiento mutuo de las autorizaciones expedidas por los diversos Estados miembros (sentencia Stoß y otros, antes citada, apartada 112). En efecto, habida cuenta de la falta de armonización en el ámbito de la unión de la normativa del sector de los juegos de azar y de las divergencias significativas entre los objetivos pretendidos y los grados de protección perseguidos por las normativas de los distintos Estados miembros, el sólo hecho de que un operador ofrezca legalmente servicios en un Estado miembro en el que se encuentre establecido y en el que, en principio, debe cumplir requisitos legales y superar los controles ejercidos por las autoridades competentes de este último Estado no puede considerarse una garantía suficiente para la protección de los consumidores nacionales contra los riesgos de fraude y criminalidad, habida cuenta de las dificultades a las que, en este contexto, pueden verse confrontadas



las autoridades del Estado miembro de establecimiento a la hora de evaluar la honradez y cualidades profesionales de los operadores (sentencia Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, antes citada, apartado 69)".

Pero es que además en esta materia concurre un segundo requisito, de orden estrictamente tecnológico, que tampoco se cumple. La Sentencia lo explica así:

"98. (...) los distintos Estados miembros no disponen necesariamente de los mismos medios técnicos para controlar los juegos de azar en línea y no tomar necesariamente las mismas decisiones a este respecto. Aunque el propio Gobierno maltés ha afirmado que la República de Malta es el primer Estado miembro en haber desarrollado un régimen reglamentario destinado específicamente a controlar y supervisar los juegos de azar por Internet, el hecho de que en un Estado miembro determinado pueda alcanzarse un nivel particular de protección de los consumidores contra fraudes del operador gracias a la aplicación de técnicas sofisticadas de control y supervisión no permite concluir que el mismo grado de protección puede conseguirse en otros Estados miembros que no dispongan de dichos medios técnicos o no hayan tomados las mismas decisiones. Además, un Estado miembro puede verse obligado legítimamente a querer supervisar una actividad económica que se desarrolle en su territorio, lo que sería imposible si tuviera que fiarse de los controles efectuados por las autoridades de otro Estado miembro mediante sistemas reguladores que él mismo no controla".

Con ello queda cerrado el tratamiento de la tercera y última pregunta, con sus cuatro partes. Lo que al respecto termina declarando la Sentencia en la parte dispositiva es lo siguiente:

"3. El artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que:

a) Un Estado miembro que aspira a garantizar en el sector de los juegos de azar un nivel de protección de los consumidores particularmente elevado puede considerar legítimamente que tan sólo el establecimiento de un monopolio a favor de un organismo único que esté sometido a una estrecha supervisión por parte de los poderes públicos puede permitir controlar la delincuencia vinculada a este sector y alcanzar el objetivo de la prevención de la incitación al gasto excesivo en juego y de lucha contra la adicción al juego de una manera suficientemente eficaz;

b) para ser coherente con el objetivo de lucha contra las prácticas delictivas y con el de reducir las oportunidades de juego, toda normativa nacional que establezca un monopolio en materia de juegos de azar que permita al titular del monopolio llevar a cabo una política de expansión deberá:

- basarse en la constatación de que las actividades delictivas y fraudulentas vinculadas a los juegos de azar y la adicción al juego constituyen, en el territorio del Estado miembro afectado, un problema que puede resolverse mediante la expansión de las actividades autorizadas y reguladas, y
- permitir únicamente una publicidad moderada y que se limite a lo estrictamente necesario para orientar a los consumidores hacia las redes de juego autorizadas;

c) el hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no puede tener incidencia en la apreciación de la necesidad y de la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia, que deben apreciarse solamente en relación con los objetivos que persiguen las autoridades competentes del Estado miembro interesado y con el nivel de protección que éstas pretenden garantizar".

Ese es, en suma, el contenido de la Sentencia Dickinger y Ömer de 15 de septiembre de 2011.

## V. RECAPITULACIÓN

Es indiscutible que la Sentencia, al igual que sus antecesoras, está concebida sobre la base de conceptos jurídicos con un altísimo grado de indeterminación ("nivel de protección de los consumidores particularmente elevado", "estrecha supervisión por parte de los poderes públicos", "publicidad moderada y que se limite a lo estrictamente necesario" y otras mil cosas más) y que, desde luego, admiten, en su proyección sobre cada caso concreto, muchísimas soluciones *justas*. Todo ello no debe extrañar, porque, nos guste o no, el ordenamiento jurídico es así. Lo que sucede es que, en cierto sentido, podría decirse que estamos -y tampoco es una novedad- ante una Sentencia cuyas hechuras son más propias de una norma. La decisión de Luxemburgo de 15 de septiembre de 2011 tiene, en resumidas cuentas, y para decirlo con palabras muy clásicas, cuerpo, sí, de Sentencia, pero, sin duda, alma de Ley.

Que la seguridad jurídica (la famosa previsibilidad de las resoluciones sobre los conflictos, o, como se dice en lengua alemana, su calculabilidad) es un valor en crisis resulta bastante obvio. Y si por ventura se dictara una Directiva sectorial que empleara conceptos parecidos (y, por ende, con un similar grado de indeterminación) las cosas no cambiarían mucho.

Por las rendijas del arbitrio del órgano judicial llamado luego a zanjar las controversias (en realidad, mucho más que rendijas: auténticos boquetes) se van a colar, sin duda, las ideas recibidas (en rigor, *prejuicios* en sentido literal) y que, en el ramo del juego, siguen teniendo a la hipocresía como rasgo estructural: de los empresarios del sector puede decirse que siguen siendo oficialmente unos auténticos *malditos*. Recordemos, a título de mero ejemplo, algunas de las palabras empleadas por la Sentencia en su parte dispositiva, que llega a hablar, con alcance general, de "las actividades delictivas y fraudulentas vinculadas a los juegos de azar y la adicción al juego". Si acaso se emplearan términos análogos a la hora de calificar en un texto oficial a otras personas (incluso a los controladores aéreos, los pilotos metidos a sindicalistas o los directivos de las cajas de ahorro con jubilaciones millonarias, que han terminado convirtiéndose, al menos en España, en otros *malditos* oficiales), los gritos de protesta por la difamación llegarían al mismísimo cielo e incluso lo dejarían atrás.

¿Para cuándo la normalización -la desideologización, si se quiere- del juego como sector de la economía? ¿Por qué aquí, y sólo aquí, los viejos monopolios han

sabido apañárselas para subsistir? ¿O es que acaso hemos de resignarnos a que la duplicidad -el cinismo, para decirlo de una vez- sea lo propio de la naturaleza humana en todas las circunstancias, y no sólo en la *Casablanca* del mítico Comisario Louis Renault?

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz  
Universidad Politécnica de Madrid